

Tilburg University

De ontzielde materie van de "Eigenaarscoöperatie"

van der Sangen, G.J.H.

Published in:
J.L.P. Cahen-bundel

Publication date:
1997

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):
van der Sangen, G. J. H. (1997). De ontzielde materie van de "Eigenaarscoöperatie". In A. L. Mohr, F. H. J. Mijnsen, & R. H. Stutterheim (Eds.), *J.L.P. Cahen-bundel* (pp. 313-339). Gouda Quint.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

De ontzielde materie van de 'Eigenaarscoöperatie'

mr G.J.H. van der Sangen*

1. Inleiding

Toen ik enige tijd geleden geattendeerd werd op het naderende emeritaat van prof.mr. J.P.L. Cahen, lag de herinnering aan de festiviteiten ter gelegenheid van zijn vijftienvigjarig hoogleraarschap nog vers in mijn geheugen. Bij die gelegenheid werd aan Paul Cahen een bundel aangeboden met de veelzeggende titel *Bezielde materie: een selectie uit de geschriften van prof.mr. J.L.P. Cahen* (1991), Arnhem: Gouda Quint. Blijkens het voorwoord gaat het daarbij om een elftal 'monsters van waarde', *bezielde materie die het waard is om bijeen te worden gebracht*. Ik zou in deze traditie voort willen gaan en de vraag willen stellen of we ten aanzien van het recente gebruik van de coöperatie als rechtsvorm waarin het midden- en kleinbedrijf wordt uitgeoefend, sprake is van 'bezielde materie' die het behouden waard is, of van 'ontzielde materie' waarvan de juridische toelaatbaarheid wellicht kan worden aangenomen, maar ten aanzien van de toepassing waarvan men zich kan afvragen of daardoor gewenste uitkomsten worden bereikt. Met betrekking tot de hieronder te bespreken 'eigenaarscoöperatie' dringt zich namelijk de vraag op, of datgene wat juridische mogelijk is ook steeds moet kunnen. Over dit spanningsveld gaat onderhavige bijdrage.

Bij de toepassing van de 'eigenaarscoöperatie' gaat het om de vraag of de coöperatie een geschikt alternatief biedt voor de vennootschap onder firma (hierna: v.o.f.) cq. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid (hierna: BV) als rechtsvorm waarin het midden- en kleinbedrijf kan worden uitgeoefend. Volgens Business-Compass en Konings-Consultancy, de bedenkers van deze toepassing van de 'eigenaarscoöperatie', is dit wel degelijk het geval. Zij hebben daarbij met name het oog op startende ondernemers welke opereren onder de rechtsvorm van een coöperatie waarvan de ledenaansprakelijkheid is uitgesloten en waarbij er sprake is van 'werknemerzelfbestuur'. Een en ander houdt in dat de ondernemers als lid toetreden tot de coöperatie, gezamenlijk optreden als de algemene ledenvergadering, tevens het bestuur vormen en bovendien met de coöperatie een arbeids-overeenkomst aangaan in de zin van art. 7A:1637a BW.¹ Laten we voor het vervolg van het verhaal uitgaan van een tweetal startende ondernemers in de computer softwarebranche. Beiden zijn 30 jaar oud en bezitten slechts een beperkt privé-vermogen. Hun belangrijkste bedrijfsmiddel bestaat uit een door hen ontwikkeld softwarepakket op het gebied van de besturing van productieprocessen. Naast de ontwikkelijk en verkoop van de software bieden zij hun cliëntèle een onderhouds- en servicecontract aan. Laten we er verder van uitgaan dat er voorlopig geen andere werknemers in dienst zijn.

Als eerste zal ik ingaan op de voordelen die de eigenaarscoöperatie zou kunnen bieden boven de v.o.f. cq. de BV (§ 2). De vraag rijst of deze voordelen, zo al aanwezig, wel opwegen tegen de nadelen die verbonden zijn aan het gebruik van de coöperatie. Voordat ik daarop inga, zal ik enige woorden wijden aan de toelaatbaarheid van de hier aan de orde zijnde toepassing van de coöperatie (§ 3). Daarna zal ik aandacht besteden aan een

* Mr G.J.H. van der Sangen was Assistent-in-Opleiding bij de Vakgroep Privaatrecht van de Universiteit van Amsterdam. Hij is thans universitair docent Privaatrecht aan de Katholieke Universiteit Brabant en verbonden aan het Center for Company Law van het Schoondijk Instituut.

1 Zie voor een weergave van de toepassing van de 'eigenaarscoöperatie' Account juni 1995, p. 44 en 45. Een uitgebreidere weergave is te vinden in de door Coöperatieve Vereniging Konings-Consultancy U.A. uitgegeven brochure *De coöperatie als rechtvorm voor ondernemingen in het midden- en kleinbedrijf*, tweede druk, mei 1995. De hier gepropageerde toepassing van de coöperatie vertoont verwantschap met de toepassing van de coöperatie als mogelijk alternatief voor de openbare maatschap, als rechtsvorm dus waarin het vrije beroep kan worden uitgeoefend. De coöperatie zou in tegenstelling tot de openbare maatschap een geschikt middel zijn om de aansprakelijkheid voor het handelen van medevennoten te beperken. Op deze problematiek zal ik niet ingaan. Ik moge daarvoor verwijzen naar A.L. Mohr, De rechtsvorm van het vrije beroep, *De Naamloze Vennootschap* 73/1/2, januari/februari 1995, p. 2-13, W.J. Slagter, Beperking van beroepsaansprakelijkheid, *TVVS* 1995, nr. 95/7, p. 173-178 en het aan coöperaties gewijde themanummer van *Stichting & Vereniging*, november/december 1995, p. 163 e.v..

aantal specifieke knelpunten die het gebruik van de coöperatie met zich brengt, zoals ten aanzien van de financiering, het bestuur en de zeggenschapsverhoudingen, de vaststelling en de bestemming van de winst, de oplossing van geschillen en de uittreding (§ 4). Als laatste zal ik enige woorden wijden aan het vermeende misbruikskarakter van deze toepassing van de coöperatie (§ 5). Tot slot zal ik bij wijze van conclusie de in de voorgaande paragrafen besproken aandachtspunten kort samenvatten zodat de lezer zelf de vraag kan beantwoorden of er ten aanzien van de eigenaarscoöperatie al dan niet sprake is van 'bezielde materie die het behouden waard is' (§6).

2. Voordelen van de eigenaarscoöperatie

De voordelen die de eigenaarscoöperatie aan startende ondernemers kan bieden, hebben in de kern der zaak te maken met het op een snelle en vooral goedkope wijze verkrijgen van rechtspersoonlijkheid. In dat licht bezien vertonen zowel de v.o.f. als ook de BV inderdaad bezwaren. Het bezwaar tegen het gebruik van de v.o.f. schuilt in de omstandigheid dat de v.o.f. naar huidig recht nog steeds geen rechtspersoonlijkheid bezit. Hoewel er sprake is van een afgescheiden vermogen waarop de crediteuren van de vennootschap zich bij voorrang boven de privé-crediteuren kunnen verhalen, sluit dat niet uit dat de zaakscrediteuren elk van de vennoten rechtstreeks en tijdens het bestaan van de vennootschap kunnen aanspreken voor de volledige voldoening van de verbintenissen van de vennootschap (vgl. art. 18 WvK). De omvang van de verbintenissen waarvoor de vennoten hoofdelijk aansprakelijk zijn, kan slechts worden beperkt, doordat men gebruik maakt van de mogelijkheid die art. 17 lid 1 WvK biedt. Op grond van deze bepaling kan immers de vertegenwoordigingsbevoegdheid met externe werking ten aanzien van een of meerdere vennoten worden beperkt. Tegenover de hoofdregel van hoofdelijke aansprakelijkheid van elk der vennoten staat echter dat er geen wettelijke vereiste bestaat kapitaal van enige omvang bijeen te brengen. Weliswaar verplicht art. 7A:1655 BW de vennoten tot inbreng maar gezien art. 7A:1662 BW kan aan deze inbrengplicht ook worden voldaan door enkel arbeid in te brengen.²

De populariteit van de BV in het midden- en kleinbedrijf is mede gelegen in de omstandigheid dat door de rechtspersoonlijkheid in beginsel een scheiding kan worden aangebracht in een privé- en een zaaksvermogen, waarbij bovendien geldt dat in principe noch de handelende persoon noch de aandeelhouder aansprakelijk is voor de schulden van de bv.³ Daar staat echter tegenover dat bij oprichting als waarborg voor crediteuren een minimumkapitaal van f 40.000,- bijeen gebracht moet worden. Dwingende regels van kapitaalbescherming moeten er vervolgens op toezien dat het aldus gevormde aandelenkapitaal slechts onder strikte voorwaarden kan worden verminderd. Bovendien acht de wetgever een zekere screening van de bestuurders van belang door middel van het antecedentenonderzoek en een onderzoek naar de statuten in het kader van de afgifte van een verklaring van geen bezwaar.

De door Business-Compass en KoningsConsultancy gepropageerde eigenaarscoöperatie biedt, zoals zij zelf zeggen, wel de lusten van de BV maar niet de lasten, terwijl bovendien het Ministerie van Justitie geen verklaring van geen bezwaar hoeft af te geven. Met een gang naar de notaris en f 3000,- aan oprichtingskosten kan men in betrekkelijk korte tijd de gewenste rechtspersoonlijkheid verkrijgen. Het resultaat van een en ander is dat er geen persoonlijke aansprakelijkheid bestaat van de ondernemer in tegenstelling tot de v.o.f., zonder dat daarvoor het voor de BV vereiste minimumkapitaal gefourneerd moet worden. Verdere regels van kapitaalbescherming terzake van inbreng, zoals een bankverklaring of accountantsverklaring, zijn uiteraard ook niet van toepassing. Bijkomend voordeel van de eigenaarscoöperatie is dat de toepassing van 'werknemerszelfbestuur' er toe kan

-
- 2 Denkbaar is dat alle vennoten noch juridisch noch economisch goederen inbrengen, doch slechts hun arbeid inbrengen. A.L. Mohr, *Van Maatschap, vennootschap onder firma en commanditaire vennootschap*, Gouda Quint, Arnhem 1992, p. 33.
 - 3 Afgezien van de rechtspersoonlijkheid blijkt de keuze voor de BV in de praktijk mede ingegeven door de omstandigheid dat door de mogelijkheid van overdracht van de aandelen eventuele opvolgings- en overnameproblemen kunnen worden opgelost. Voorts spelen fiscale motieven een belangrijke rol. Zie hierover E.J.J. van der Heijden, *Handboek voor de naamloze en besloten vennootschap*, twaalfde druk, bewerkt door W.C.L. van der Grinten, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle 1992, p. 124 en 125.

leiden dat de ondernemer in zijn drie-eenheid van bestuurder/lid/werknemer verzekerd is ingevolge de werknemersverzekeringen (ZW, WW en WAO). Een dergelijke faciliteit komt de directeur/groot-aandeelhouder niet toe. Ook kan de coöperatie evenals een BV fungeren als 'holding'.⁴ Aan de vraag of de eigenaarscoöperatie eventuele fiscale voordelen biedt, ga ik voorbij.⁵

3. Toelaatbaarheid van de eigenaarscoöperatie

Voordat ik verder inga op de vraag of de hierboven genoemde voordelen van de eigenaarscoöperatie opwegen tegen de hierna te vermelden nadelen, zal ik ingaan op de vraag of een dergelijke toepassing van de coöperatie toelaatbaar is. Lezing van de wettelijke omschrijving van de coöperatie in art. 2:53 lid 1 BW geeft voeding aan de gedachte dat het antwoord ontkennend is. Bij nader inzien is het antwoord genuanceerder.

De wettelijke regeling van de coöperatie is voornamelijk geschreven voor het soort coöperatie dat als verlengstuk van de leden/bedrijfshuishoudingen optreedt. Het gaat hierbij in het bijzonder om de bedrijfscoöperatie welke met name toepassing heeft gevonden in de agrarische sector. Kernfunctie van de bedrijfscoöperatie is het ten behoeve van de leden uitoefenen van een of meer bedrijfsfuncties, welke de leden ieder afzonderlijk niet of op minder gunstige voorwaarden zouden kunnen uitoefenen. Zo kan de coöperatie ten behoeve van de leden de marktfunctie overnemen, maar tevens is denkbaar dat het tot waarde brengen van de produkten van de leden, de valorisatie, mede tot de taak van de coöperatie behoort. Kenmerkend voor de bedrijfscoöperatie is dat de leden slechts een deel van hun bedrijfsactiviteiten afsplitsen richting coöperatie en voor het overige als zelfstandige ondernemers werkzaam blijven. De bedrijfscoöperatie treedt als het ware ten aanzien van een bepaalde bedrijfsfunctie van de leden op als verlengstuk. De doelstelling van de coöperatie bestaat hieruit dat zij voorzover het een afzetcoöperatie betreft haar goederen betreft van de leden en al dan niet na bewerking verkoopt aan derden, en voorzover het een inkoopcoöperatie betreft, van derden ingekochte goederen al dan niet na bewerking verkoopt aan de leden en wel, en dat is essentieel, tegen kostprijs. Eventuele exploitatieoverschotten, winsten, komen in beginsel ten goede aan de leden naar rato van het door de leden met de coöperatie onderhouden zakelijke verkeer. In economische zin wordt de coöperatie dan ook aangeduid als een onzelfstandige ondernemingsvorm.⁶ Consequenties van dit kostprijsbeginsel zijn het ontbreken van een streven naar winstmaximalisatie, de omstandigheid dat de leden zelf moeten voorzien in de kredietwaardigheid van de coöperatie en dat, gezien de zakelijke en financiële verwevenheid, de zeggenschap in beginsel slechts toekomt aan de leden.

Deze hulpfunctie van de coöperatie⁷ komt tevens tot uitdrukking in de wettelijke omschrijving van de coöperatie in art. 2:53 lid 1 BW: *'De coöperatie is een bij notariële akte als coöperatie opgerichte vereniging. Zij moet zich blijkens de statuten ten doel stellen in bepaalde stoffelijke behoeften van haar leden te voorzien krachtens overeenkomsten, anders dan van verzekering, met hen gesloten in het bedrijf dat zij te dien einde te hunnen behoeve uitoefent of doet uitoefenen.'* Lid 3 en lid 4 van genoemd artikel voegen hieraan toe, voorzover hiervan belang: *'De statuten van een coöperatie kunnen haar veroorloven overeenkomsten als die welke zij met haar leden sluit, ook met anderen aan te gaan (...). Indien een coöperatie (...) de in het vorige lid bedoelde bevoegdheid uitoefent, mag zij dat niet in een zodanige mate doen, dat de overeenkomsten met de leden slechts van ondergeschikte betekenis zijn.'* Deze cryptische wettelijke omschrijving tracht weer te geven dat de

4 Zie hierover P.J. Dortmund, *De coöperatie van vereniging naar houdstermaatschappij en beursrechtspersoon*, inaugurele rede KUN 1991, en *Stichting & Vereniging* 1995, p. 177-178.

5 Zie hiervoor J.T.L. Nillesen, *De coöperatie als alternatief voor de BV vanuit fiscaal perspectief*, *S&V* 1995, p. 178-185 alsmede J.J.M. Jansen, *Belastingheffing van coöperaties en haar leden*, Kluwer, Deventer, 1996, p. 184-192.

6 Zie hierover bij G.J. Ter Woorst, *Coöperatie als vorm van economische organisatie*, Van Mastrigt en Verhoeven, Arnhem 1966, p. 64, alsmede W.J.J. van Diepenbeek, *De coöperatieve organisatie. Coöperatie als maatschappelijk en economisch verschijnsel*, Eburon, Delft 1990, p. 66.

7 Raaijmakers spreekt van het 'ancillaire karakter' van de coöperatie. M.J.G.C. Raaijmakers, *Over coöperatieve samenwerkingsverbanden en de positie van derzelver leden*, *Agrarisch Recht* mei 1989, nr. 5, p. 243.

economische activiteit van een coöperatie eruit bestaat dat zij een bedrijfsactiviteit van de leden overneemt die de leden ieder afzonderlijk op minder gunstige condities zouden kunnen uitoefenen. Daartoe oefent de coöperatie een bedrijf uit waarbij de bijzonderheid geldt dat de coöperatie met haar leden een zakelijk verkeer moet onderhouden. Volgens de wettelijke omschrijving moet dit zakelijke verkeer tussen de coöperatie en haar leden plaatsvinden door het sluiten van overeenkomsten.⁸

De aan de wettelijke omschrijving mede ten grondslag liggende verlengstukgedachte is echter niet bij elke coöperatie terug te vinden. Zo is de wettelijke regeling van de coöperatie ook van toepassing op de consumentencoöperatie, de flatexploitatiecoöperatie en de werknemersproductiecoöperatie. Bij dit soort coöperaties kan men van een verlengstukgedachte niet spreken. Ten aanzien van de werknemersproductiecoöperatie blijkt uit de parlementaire geschiedenis echter expliciet dat deze desondanks geacht wordt onder de huidige wettelijke omschrijving van de coöperatie te zijn begrepen.⁹ Ook onder de Wet op de Coöperatie Vereenigingen 1925 werd de werknemersproductiecoöperatie toelaatbaar geacht. Een en ander kwam tot uitdrukking in de destijds geldende omschrijving van de coöperatie: 'Onder coöperatieve verenigingen verstaat de wet verenigingen van personen, waarbij de in- en uittreding van leden is toegelaten, en die bevordering van de stoffelijke belangen der leden ten doel hebben, als door middel van gemeenschappelijke uitoefening van hunne nering of hun ambacht (...)'.¹⁰ De vraag naar de toelaatbaarheid van de werknemersproductiecoöperatie lijkt mij daarmee afdoende beantwoord.¹¹ Toegepast op de nu aan de orde zijnde 'eigenaarscoöperatie' betekent dit dat een coöperatie die zich ten doel stelt met haar leden arbeidsovereenkomsten aan te gaan in het bedrijf dat de coöperatie daartoe uitoefent, voldoet aan de wettelijke omschrijving van de coöperatie in art. 2:53 lid 1 BW, ondanks het feit de coöperatie niet optreedt als verlengstuk van de leden.¹² Anders dan de leden van een bedrijfscoöperatie, die werkzaam blijven in hun eigen onderneming, is het juist de bedoeling van de ondernemers dat hun gehele onderneming opgaat in de coöperatie.

Een belangrijk vraagpunt ten aanzien van de werknemersproductiecoöperatie is in het verleden steeds geweest hoe het bepaalde in lid 3 en 4 van art. 2:53 BW moest worden bezien, indien de coöperatie naast leden/werknemers werknemers had die geen lid waren. Bij het in de leden 3 en 4 vervatte verbod tot het onderhouden van een zakelijk verkeer met niet-leden gaat het om twee te onderscheiden vragen. In de eerste plaats roept het de vraag op of een coöperatie overeenkomsten met niet-leden kan afsluiten op een soortgelijke wijze als met de leden. Een tweede vraag is, of een coöperatie die soortgelijke overeenkomsten als met de leden aangaat met niet-leden, het lidmaatschap dan ook moet openstellen voor deze werknemers.¹³

-
- 8 Vgl. in dit verband de Toelichting Meijers bij art. 2.2.2.1. Ontwerp Meijers: 'Voor de wet karakteriseert zich de coöperatieve vereniging hierdoor dat het lid contracten van een bepaalde soort met de vereniging aangaat en deze er haar bedrijf van maakt zodanige contracten te sluiten (...). Iedere soort contract levert diensgevolge een bijzondere soort coöperatie op.' En ten aanzien van de hier aan de orde zijnde werknemersproductiecoöperatie: 'In een andere vorm van coöperatie neemt de vereniging het uitvoeren van werken op zich, die zij door haar leden - hetzij krachtens arbeidsovereenkomst in dienstverband, hetzij krachtens door haar verstrekte opdrachten - doet uitvoeren.' Van Zeben, *Parlementaire Geschiedenis Boek 2 BW*, p. 456-457.
- 9 Zie de MvA Invoeringswet Boek 2 BW bij art. 53 BW, Van Zeben, *Parlementaire Geschiedenis Invoeringswetboek 2 BW*, p. 1244.
- 10 Art. 1 lid 1, Wet van 28 mei 1925, Stb. 204, houdende nieuwe wettelijke regeling van de coöperatieve verenigingen.
- 11 De Groot heeft in het verleden de vraag opgeworpen of de werknemerproductiecoöperatie niet een eigen wettelijke regeling zou moeten krijgen, een vraag die door hem bevestigend wordt beantwoord. Zie H. de Groot, Zijn alle coöperatieve verenigingen wel te vatten onder één definitie?, *TVVS* 1985, nr. 85/2, p. 42 en 43.
- 12 In gelijke zin R.C.J. Galle, Naar een nieuwe wettelijke regeling van de coöperatie?, *S&V* 1995, p. 167.
- 13 Zie over de toepassing van art. 2:53 lid 3 en 4 BW in verband met de werknemersproductiecoöperatie F.J. Hehemann, De definitie van de coöperatieve vereniging in

Uitgangspunt is dat de coöperatie een zakelijk verkeer met de leden *moet* onderhouden. Immers de leden treden toe tot de coöperatie om gebruik te maken van de diensten van de coöperatie. Indien de coöperatie in betekende mate leden zou hebben die geen zakelijk verkeer met de coöperatie aangaan, voldoet zij niet aan de wettelijke omschrijving en dreigt ontbinding op grond van art. 2:21 lid 1 sub c BW. Slechts als uitzondering wordt toegestaan dat er leden zijn die geen zakelijk verkeer met de coöperatie onderhouden. De coöperatie is gericht op de belangen van de leden en heeft een onmiskenbaar besloten karakter. Dat is één kant van de zaak. De wet staat echter toe dat van deze hoofdregel van de beslotenheid wordt afgeweken in die zin dat de coöperatie soortgelijke overeenkomsten welke zij met de leden aangaat ook met niet-leden kan sluiten.¹⁴ Ingevolge art. 2:53 lid 3 BW is daarvoor een uitdrukkelijke statutaire voorziening vereist. Verder stelt lid 4 hieraan als grens dat de overeenkomsten met de leden niet van ondergeschikte betekenis mogen worden. Hoe moet dit criterium worden opgevat? Stel dat de zaken goed gaan en dat onze 'coöperatieve' ondernemers vier extra programmeurs in dienst willen nemen. Indien men aanneemt dat lid 4 een kwantitatief criterium behelst, dan is onmiskenbaar het verbod van lid 4 overtreden, indien er slechts twee leden/bestuurders werkzaam zijn binnen de coöperatie. Een mogelijke ontbinding wegens overtreding van art. 2:53 lid 4 BW bedreigt dan het voortbestaan van de coöperatie.¹⁵ Uit de parlementaire geschiedenis blijkt nu dat een dergelijke louter kwantitatieve invulling van lid 4 door de wetgever niet is beoogd.¹⁶ Waar het om gaat is dat het derdenverkeer met niet-leden ondersteunend, zo men wil, dienstig moet zijn aan de verwezenlijking van de doelstelling van de coöperatie: het verschaffen van arbeid aan haar leden. Het aangaan van soortgelijke overeenkomsten met niet-leden als met de leden, moet economisch voordelig zijn voor de coöperatie, bijvoorbeeld doordat de continuïteit van de coöperatie en daarmee de inkomensvorming van de leden wordt bevorderd.

Anders dan Dortmond¹⁷ ben ik echter niet van mening dat een coöperatie die zich ten doel stelt met haar leden arbeidsovereenkomsten aan te gaan, maar tevens werknemers in dienst heeft op dezelfde voorwaarden als de leden, aan ontbinding blootstaat indien deze laatsten niet tot het lidmaatschap worden toegelaten. Volgens Dortmond heeft een dergelijke coöperatie niet de bedoeling de overige werknemers te verenigen en ontbreekt bij een dergelijke coöperatie het associatieve karakter.¹⁸ Ik zou niet in zijn algemeenheid willen

het nieuwe B.W., *TVVS* 1971 no. 1, p. 27 en 28, en P.J. Dortmond, De werknemerscoöperatie versus de besloten vennootschap, *S&V* 1995, p. 176. Zie voor een meer ideologische getinte beschrijving van de werknemersproductiecoöperatie Joh. van Gool, De productiecoöperatie en het 'principe distributif', *TVVS* 1976 no. 12, p. 353-361.

- 14 Er moet dus sprake zijn van identiteit van overeenkomsten, zoals Van den Ingh het formuleert. D.w.z. aan de vraag of art. 2:53 lid 3 jo. lid 4 BW is overtreden, komt men alleen toe indien de coöperatie een soortgelijk zakelijk verkeer als met de leden met derden onderhoudt. F.J.P. van den Ingh, Kenmerken van de coöperatie en haar verhouding tot de leden, *S&V* 1995, p. 171 en 174. Vlg. ook G.J.H. van der Sangen, Texels Eigen Stoomboot Onderneming. Omzetting van een naamloze vennootschap in een coöperatie, *S&V* 1995, p. 141-142 met betrekking tot de Rabobank.
- 15 Niet geheel duidelijk is wat de grondslag voor deze ontbinding is. Indien men ervan uitgaat dat het verbod van art. 2:53 lid 3 en 4 deel uitmaakt van de wettelijke omschrijving van de coöperatie, dan dreigt ontbinding op grond van art. 2:21 lid 1 sub c BW (de coöperatie valt dan niet onder de wettelijke omschrijving van haar soort). Gaat men ervan uit dat het hier louter gaat om een verbodsbepaling dan kan de coöperatie worden ontbonden op grond van art. 2:21 lid 3 BW. Zie hierover C.W. de Monchy en L. Timmerman, *De nieuwe algemene bepalingen van boek 2 BW*, preadvies van de Vereniging 'Handelsrecht', W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle 1991, p. 158-160.
- 16 Zie hierover R.C.J. Galle, *De coöperatie*, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle 1993, blz. 172-181, G.J.H. van der Sangen, *t.a.p.*, p. 140-142 en P.J. Dortmond, *t.a.p.*, p. 175-176.
- 17 Dortmond, *De NV* 73, 10 oktober 1995, p. 185 en *S&V*, 1995, p. 176.
- 18 Dortmond acht het associatieve karakter ook afwezig, indien de coöperatie slechts als holding fungeert en haar gehele bedrijf uitoefent via een dochter-bv. Men kan zich met recht afvragen, zoals Dortmond doet, of het verbod van art. 2:53 lid 3 en 4 BW, dat zich formeel richt tot de coöperatie, niet ook van toepassing is op de dochter-bv van de coöperatie. Een dergelijk 'doen uitoefenen' van het coöperatieve

aannemen dat voor elke werknemersproductiecoöperatie een dergelijke eis moet worden gesteld. Dat hangt er immers maar van af wat de oprichters van de betrokken werknemersproductiecoöperatie voor ogen staat. Aan de oprichters komt immers de vrijheid toe te bepalen wie binnen de op te richten coöperatie leden kunnen zijn. Daartoe kunnen kwaliteitseisen worden gesteld in de statuten, bijvoorbeeld het bezitten van een bepaalde familienaam en/of het voldoen aan een minimumkapitaalstorting bij toetreding al dan niet aangevuld met bepaalde eisen van vakbekwaamheid. En zelfs indien men aan deze eisen voldoet, heeft men geen recht tot toetreding.¹⁹ Ingevolge art. 2:33 BW beslist het bestuur; bij weigering kan de algemene vergadering alsnog tot toelating besluiten. De beslissing van de algemene vergadering zal echter bij een dergelijke *close corporation* niet snel anders zijn, nu beide bestuurders/werknemers tevens lid zullen zijn van de algemene ledenvergadering.²⁰ Hier komt de schaduwkant van de vrijheid van vereniging scherp aan het licht. Overigens betekent deze conclusie niet dat ik dit zou toejuichen. Men kan zich toch niet aan de indruk onttrekken dat een dergelijke toepassing van de werknemersproductiecoöperatie ontdaan is van enig ideologisch besef. Indien echter de oprichters een dergelijke besloten coöperatie tot stand willen brengen, is dat hun zaak.

Een dergelijke inrichting heeft wel consequenties op een ander vlak. Het voordeel dat de werknemersproductiecoöperatie kan bieden boven de besloten vennootschap in het kader van toepassing van de sociale zekerheidswetgeving komt te vervallen. Zoals bekend is de directeur/groootaandeelhouder, tevens werknemer, niet verzekerd in het kader van de werknemersverzekeringen, omdat de voor de dienstbetrekking vereiste gezagsverhouding niet aanwezig wordt geacht.²¹ De werknemer tevens lid en bestuurder van een werknemersproductiecoöperatie heeft de wetgever welwillender tegemoet willen treden. Het lid/werknemer die tevens bestuurder is, is onder bepaalde voorwaarden verzekerd in het kader van de werknemersverzekering. Kern van deze voorwaarden is dat bij de werknemersproductiecoöperatie sprake is 'werknemerszelfbestuur'. Van werknemerszelfbestuur is sprake, indien aan een zestal voorwaarden van art. 4 van de WAO, ZW en WW is voldaan.²² De voorwaarden bestaan hieruit dat ten minste 2/3 van de werknemers lid is van de coöperatie, de werknemers onder gelijke voorwaarden als lid kunnen toetreden, er geen belemmeringen bestaan van geldelijke aard, dat voorts de leden in de algemene vergadering elk één stem hebben, de arbeidsvoorwaarden mogen niet wezenlijk afwijken van hetgeen in de bedrijfstak gebruikelijk is, en tot slot, het lid moet bij uittreding ten hoogste aanspraak kunnen maken op zijn inbreng bij toetreding. De cruciale vraag is nu of een dergelijke werknemersproductiecoöperatie beide ondernemers wel voor ogen staat. Niet denkbeeldig is dat zij de volledige zeggenschap binnen hun coöperatie willen behouden.²³ Wenst men de hierboven weergegeven beslotenheid dan is de anomalistische aanduiding 'eigenaarscoöperatie' op zijn plaats. Van een werknemersproductiecoöperatie mag mijns inziens niet meer worden gesproken: deze kenmerkt zich in de praktijk immers door een of andere vorm

bedrijf veronderstelt wel dat er een zakelijk verkeer moet bestaan tussen de leden van de coöperatie en haar dochter-bv. Waarom ook in een dergelijke geval als eis moet worden gesteld dat het lidmaatschap moet worden opengesteld voor de in de toekomst door de dochter-bv in dienst te nemen werknemers, is mij niet duidelijk.

- 19 Vgl. Asser-Van der Grinten II (De rechtspersoon), 1991, nr. 274, p. 240 en nr. 276., p. 241.
- 20 De term 'close corporation' is ontleend aan Raaijmakers. M.J.G.C. Raaijmakers, *De joint venture*, diss. KUB 1976, p. 126 en 127. In het algemeen kan men de vraag stellen of de veelal dwingendrechtelijke bepalingen van het rechtspersonenrecht wel onverkort van toepassing zouden moeten zijn indien er sprake is van een zeer nauwe betrokkenheid tussen personen die deel uitmaken van een rechtspersoon. Toepassing van het overeenkomstenrecht zou wellicht tot billijker resultaten leiden. Zie hierover van dezelfde schrijver Een halve eeuw Nederlands rechtspersonen- en vennootschapsrecht en twintig jaar Boek 2 BW, in *Na twintig jaar Boek 2 BW*, Schoordijk Instituut, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle 1996, p. 21-24.
- 21 Zie CRvB 4 oktober 1985, *Rechtspraak Sociale Verzekering*, 1986 nr. 21.
- 22 Vlg. art. 4 lid 1 sub h jo. lid 3 en 4 Ziektewet. Genoemde bepalingen zijn ingevoerd in de Ziektewet, WAO en WW bij wet van 26 november 1987, Stb. 560.
- 23 Vgl. voor een dergelijke vennootschap onder firma-achtige coöperatie R.C.J. Galle in *Handboek voor financiële participatie door werknemers*, 1996, p. 68.

van werknemerszelfbestuur, waarbij wel als eis mag worden gesteld dat deze de overige werknemers verenigt. Men kan zich dan ook met recht afvragen of het niet de bedoeling van de wetgever is geweest slechts de werknemersproductiecoöperatie te erkennen waarbij er sprake is van werknemerszelfbestuur.

Stel nu, dat de ondernemers wel de statuten formeel in overeenstemming brengen met de vereisten voor werknemerszelfbestuur, maar hieraan feitelijk geen uitvoering geven. Ook in dat geval zal er geen sprake zijn van verzekering van het lid/werknemer/bestuurder in het kader van de sociale verzekeringswetten, nu krachtens rechtspraak van de Centrale Raad van Beroep 'de feitelijke toestand en omstandigheden' beslissend zijn.²⁴ Verder dreigt een mogelijke ontbinding van de coöperatie op grond van het feit dat zij in strijd handelt met haar statuten. Vgl. art. 2:21 lid 3 BW.

Intermezzo: eenmans-coöperatie is geen coöperatie

In het hierboven gegeven voorbeeld is er sprake van twee ondernemers die als lid/werknemers toe treden tot 'hun' coöperatie. Dit roept de vraag op of er een minimum aantal leden vereist is voor de samenwerking in een coöperatie. Als regel dient een coöperatie minimaal twee leden te hebben. Art. 2:19 lid 1 sub d BW, waarin wordt bepaald dat een coöperatie wordt ontbonden bij het geheel ontbreken van leden, doet daar mijns inziens niet aan af. Uit art. 2:19 lid 1 sub d BW wordt wel afgeleid dat de vereniging, en hetzelfde geldt voor de coöperatie, slechts één lid kan hebben. Het is echter mijn stellige overtuiging dat de wetgever de oprichting van een coöperatie die van meet af aan slechts één lid kent, niet heeft willen sanctioneren.²⁵ En wel op grond van het volgende.

De coöperatie wordt ingevolge art. 2:54 lid 1 BW opgericht door een meerzijdige rechtshandeling welke is vervat in een notariële akte. In de regel, hoewel dit anders dan vroeger niet noodzakelijk is, zullen de oprichters tevens toetreden als lid van de coöperatie. Er moet sprake zijn van leden, meervoud dus, van een ledensubstraat.²⁶ Het vereiste van een ledensubstraat volgt ook uit het verband met de regeling van de vereniging. De coöperatie wordt immers beschouwd als een bij notariële akte als coöperatie opgerichte vereniging. De vereniging is een rechtspersoon met *leden* die gericht is op een bepaald doel, anders dan een dat is omschreven in artikel 53 lid 1 (...), terwijl art. 2:53 lid 1 bepaalt dat de coöperatie zich ten doel moet stellen te voorzien in de stoffelijke behoeften van 'haar leden', alweer meervoud. Duidelijk is dat de coöperatie een samenwerkingsvorm is ten behoeve van meerdere leden. Essentieel is blijkbaar dat er sprake is van een ledensubstraat. Aan de oprichting van een coöperatie met één lid zal de notaris naar mijn mening zijn medewerking dienen te onthouden.

Nu zou hieraan zijn te ontkomen indien de oprichters wel toetreden tot de coöperatie maar een van hen zich overeenkomstig de kennelijke bedoelingen onmiddellijk na de oprichting terugtrekt door zijn lidmaatschap op te zeggen.²⁷ Hier komt inderdaad het door Dortmund gevreesde misbruikvirus om de hoek kijken.²⁸ Want wat is het resultaat: rechtspersoonlijkheid verkregen zonder inbreng van enig kapitaal, zonder antecedentenonderzoek terwijl er bovendien geen hoofdelijke aansprakelijkheid zoals bij de v.o.f. tegenover staat. Evenwel blijkt dat de wetgever oog heeft gehad voor de situatie dat er in de praktijk verenigingen en coöperaties kunnen voorkomen die ten gevolge van de uittreding van de overige leden, noch slechts één lid kennen. Vgl. art. 2:19 lid 1 sub d BW. Dit neemt overigens niet weg dat als een dergelijke coöperatie ontstaat, de mogelijkheid bestaat dat zij wordt ontbonden op grond van art. 2:21 lid 1 sub c BW, indien blijkt dat zij niet meer valt

24 Zie CRvB 4 oktober 1985, *Rechtspraak Sociale Verzekering*, 1986 nr. 21.

25 In gelijke zin F.J.P. van den Ingh, *S&V* 1995, p. 171.

26 Vgl. de MvA II bij art. 26 Invoeringswet Boek 3,5 en 6. Zie Van Zeven, *Parlementaire geschiedenis, Aanpassing Boek 2 BW (Inv. 3,5 en 6)*, p. 223: 'Men kan zich wel een oprichtingshandeling voorstellen waarbij sommige oprichters - bijv. vertegenwoordigers van een overheidsorgaan - niet als lid toetreden. Wel is essentieel dat de vereniging van meet af aan leden heeft, en in de regel zullen dit dan ook wel personen zijn die aan de oprichting deelnemen.'

27 Vgl. F.J.P. van den Ingh, *S&V* 1995, p. 173. De statuten moeten dan wel toestaan dat het lidmaatschap onmiddellijk, zonder enige opzegtermijn, kan worden beëindigd.

28 P.J. Dortmund, *De NV* 73, oktober 1995, p. 185.

onder de wettelijke omschrijving van haar soort.²⁹ Conclusie mag dus zijn dat één lid in elk geval niet voldoende is voor het ongestoord voortbestaan van de coöperatie. Dat maakt de eigenaarscoöperatie in elk geval ongeschikt als rechtsvorm voor de eenmanszaak.

Zou men een dergelijke coöperatie toelaatbaar achten, dan dient men te bedenken dat de algemene ledenvergadering en het bestuur alsmede de werknemer een en dezelfde persoon zijn. Dat biedt de mogelijkheid de voor de eenmans-bv geldende bepalingen, zoals deze ingevolge de 12e EG-richtlijn in onze wet zijn geïmplementeerd, te omzeilen.³⁰ Het is verder redelijk om aan te nemen dat van enige vorm van werknemerszelfbestuur in de zin van de sociale verzekeringswetgeving niet kan worden gesproken, zodat ook dit voordeel hier niet wordt behaald.

4. Nadelen van de coöperatie

Hierboven bleek dat een coöperatie met twee leden die tevens werknemer en bestuurder van de coöperatie zijn, rechtens toelaatbaar is. Onduidelijkheid bestaat er echter omtrent de vraag of een dergelijke werknemersproductiecoöperatie het lidmaatschap moet openstellen aan de overige werknemers van de coöperatie. Uit ideologisch oogpunt is dit verdedigbaar. Uit wetstechnisch oogpunt kan men op grond van de wettelijke regeling van de verzekering van de bestuurder/werknemer voor de werknemersverzekering verdedigen dat een dergelijke eis alleen gesteld wordt indien de coöperatie overgaat tot de invoering van werknemerszelfbestuur in de zin van art. 4 ZW, WAO en WW. Hier wil ik nader ingaan op de vraag of de met de toepassing van de eigenaarscoöperatie beoogde voordelen wel opwegen tegen de daaraan verbonden nadelen. Hoewel de wettelijke regeling van de coöperatie een grote mate van speelruimte biedt om door middel van de statuten de coöperatie in te richten naar de wensen van de oprichters, vindt deze speelruimte steeds zijn grens in de regels van dwingend verenigingsrecht. In het bijzonder zal blijken dat de wettelijke regeling van de coöperatie geschreven is voor een onderneming met een *dualistische besturing*, hetgeen de coöperatie minder geschikt maakt voor de onderhavige eigenaarscoöperatie waarbij elk van de ondernemers zowel lid, bestuurder als ook werknemers is (§ 4.2). Bovendien vertoont de coöperatie een aantal bijzonderheden ten aanzien van de *financiering* die zijn terug te voeren op het bijzondere karakter van deze ondernemingsvorm (§ 4.1). Een belangrijk knelpunt vormt verder de mogelijkheid tot uittreding uit de coöperatie en de vraag of daaraan bezwarende voorwaarden kunnen worden verbonden die gericht zijn op het in stand houden van het vermogen van de coöperatie (§ 4.3).

4.1. Wijze van financiering

Zoals uit het hier voorgaande bleek, bestaan er ten aanzien van de doelstelling van de coöperatie geen problemen. De statuten moeten de formele doelomschrijving van art. 2:53 lid 1 bevatten: 'De coöperatie stelt zich ten doel de stoffelijke behoeften van haar leden te behartigen door het sluiten van arbeidsovereenkomsten in het bedrijf dat de coöperatie ten behoeve van haar leden daartoe uitoefent of doet uitoefenen.' Het doel kan dus zijn, zoals hierboven bleek, het verschaffen van inkomen aan de leden/ondernemers doordat de coöperatie arbeidsovereenkomsten met haar leden aangaat. Wel kan het aanbeveling verdienen tevens aan te geven wat de aard van het uit te oefenen bedrijf is en door welke handelingen dat doel ondermeer wel cq. niet kan worden bereikt. Al was het maar omdat daardoor het externe optreden van bestuurders wordt genormeerd in verband met de mogelijkheid van art. 2:7 BW (de vernietiging door de rechtspersoon van rechtshandelingen in strijd met het doel)³¹ en de sanctie van art. 2:9 BW (interne aansprakelijkheid voor een

-
- 29 In soortgelijke zin R.C.J. Galle, *S&V* 1995, p. 165. Opvallend is dat § 4 van het Duitse Genossenschaftsgesetz een minimum van 7 leden vereist. Oprichting van een Genossenschaft die hieraan niet voldoet, dan wel het bestaan van een Genossenschaft die door uittreding minder dan zeven leden heeft, leidt ertoe dat de coöperatie op grond van § 80 GenG kan worden ontbonden. Vgl. Meyer/-Meulenbergh/Beuthien, *Genossenschaftsgesetz*, 12e druk, C.H. Beck, München 1983, p. 49.
- 30 Het gaat hier met name om art. 2:247 BW en art. 8 lid 1 sub 6 Hrgw. Zie de Aanpassingswet 12e EG-richtlijn van 19 december 1991, Stb. 710, in werking getreden 16 maart 1992.
- 31 Zie in dit verband HR 16 oktober 1992, NJ 1993, 98 (De Wereld) en HR 20 september 1996, NJ 1997, 149 (Playland).

behoorlijke taakvervulling).³²

De bijzondere, wettelijke doelstelling van de coöperatie heeft wel zijn consequenties voor haar financiering. Uit de wettelijke doelstelling van de coöperatie volgt immers dat zij als regel een inkomensvormende functie heeft ten opzichte van haar leden. De bij de bedrijfsuitoefening behaalde voordelen zullen als regel aan de leden worden teruggeven. Een en ander betekent dat de coöperatie geen eigen winststreven heeft hetgeen er toe leidt dat derden in de regel niet geïnteresseerd zijn deel te nemen in het risicodragende kapitaal van de coöperatie. Traditioneel zijn coöperaties dan ook aangewezen op 'zelffinanciering', d.w.z. de leden dienen zelf voor het risicodragend kapitaal en de kredietwaardigheid van de coöperatie te zorgen.³³ De wettelijke regeling van de coöperatie gaat er van uit dat de leden voorzien in de kredietwaardigheid van de coöperatie en wel - en dat is een tweede bijzonderheid - niet door storting van kapitaal bij oprichting zoals bij de NV en de BV, maar doordat de leden verplicht zijn tot aanzuivering van een tekort in geval van liquidatie. De regeling van de ledenaansprakelijkheid, zoals geregeld in de art. 2:55 en 56 BW, gaat uit van een 'wettelijke aansprakelijkheid'. De leden zijn aansprakelijk voor de aanzuivering van het gehele tekort en wel naar gelijke delen. Hoewel art. 2:55 lid 1 BW spreekt van 'aansprakelijkheid', is van een echte aansprakelijkheid echter geen sprake: crediteuren kunnen de leden immers niet rechtstreeks aanspreken. Zij zijn gehouden tot betaling jegens de coöperatie, die daarbij vertegenwoordigd wordt door de vereffenaar. De ledenaansprakelijkheid draagt het karakter van een uit de wet voortvloeiende bijdrageplicht of, zoals onze oosterburen treffend zeggen, van 'eine Nachschußpflicht'.³⁴ Deze wettelijke aansprakelijkheid is echter van regeland recht. Zij kan worden beperkt (B.A.) en zelfs geheel worden uitgesloten (U.A.). Uiteraard moet de beperking cq. uitsluiting van de aansprakelijkheid in de naam van de coöperatie tot uitdrukking komen, willen de leden hierop een beroep kunnen doen. Op straffe van een wettelijke aansprakelijkheid is de coöperatie verplicht, behoudens telegrammen en reclames, haar naam volledig te voeren. Zie art. 2:56 BW.

Een uitsluiting van de wettelijke aansprakelijkheid is dus mogelijk. Dit roept echter de vraag op, op welke andere wijze deze coöperatie met uitgesloten aansprakelijkheid in het benodigde risicodragend kapitaal kan voorzien, te meer daar beide oprichters niet in staat zijn enig kapitaal van betekenis te fourneren. Mogelijk ware het dat de coöperatie geheel met vreemd vermogen wordt gefinancierd. De kredietverlenende instantie kan voor een verstrekt krediet zekerheden bedingen. Het gebrek aan enig eigen kapitaal kan tijdelijk worden gecompenseerd door persoonlijke zekerheidsstelling bijv. d.m.v. een borgstelling. De aanvankelijke door oprichting van de coöperatie verkregen scheiding tussen privé-vermogen en zaaksvermogen komt daarmee wel tijdelijk op de tocht te staan.³⁵ Ook zou

32 Zie over dergelijke primaire en secundaire handelingen in de statutaire doelomschrijving F.J.W. Löwensteyn, *Wezen en bevoegdheid van het bestuur van de vereniging en de naamloze vennootschap*, diss. Amsterdam 1959, p. 137-138.

33 Gegeven een stijgende behoefte aan risicodragend kapitaal en het feit dat er bij de leden toenemende bezwaren zijn om verder te participeren in de financiering van hun coöperatie, is men binnen de coöperatieve agrarische sector op zoek naar middelen om risicodragend kapitaal aan te trekken van niet-leden. Zie over de economische achtergronden en de verschillende voorstellen het rapport van de Nationale Coöperatieve Raad voor de land- en tuinbouw, *De financiering van de coöperatieve onderneming*, Eburon, Delft 1990, alsmede S.M. Bartman en E.J.M. van der Meijden, *Holdingcoöperatie, evolutie of denaturatie?*, in *Strijdige belangen in evenwicht, Beschouwingen over het Bedrijfsfinancieel recht*, Wolters-Noordhoff, Utrecht 1992, p. 13-35, W.A. Verburg, *Coöperatieve beursmodellen*, S&V 1993, p. 89-94, J.T.L. Nillesen, *Financiering van grote coöperaties; Nieuwe vormen van risicodragend vermogen voor coöperaties geplaatst in civiel- en fiscaalrechtelijk perspectief*, *Fiscaal Ondernemingsrecht* 1994, p. 113-130 en J.J.M. Jansen, *Belastingheffing van coöperaties en haar leden*, Kluwer, Deventer 1996, in het bijzonder hoofdstuk 7. Overigens heeft het 'coöperatieve beursmodel' zoals toegepast door de apothekerscoöperatie OPG daarin voor landbouwcoöperaties nog geen verandering gebracht.

34 Aldus Meyer/Meulenbergh/Beuthien, *a.w.*, aantekening bij § 105 GenG.

35 Aldus J.H. Lunshof, '"Nieuw": de coöperatie?', *Coöperatie Magazine* juni 1995, 57e jaargang - nr. 543, p. 4. Dit kan in het bijzonder tot ongewenste consequenties leiden indien men aanneemt dat het verstrekken van persoonlijke zekerheid door de ondernemer voor een verstrekt bedrijfskrediet wordt aangemerkt als een rechtshandeling verricht in het kader van een normale uitoefening van beroep of bedrijf. Op grond van art. 1:88 lid 1 sub c BW zou dan immers geen toestemming van de echtgenote zijn vereist. Vlg. ook art. 1:88 lid 4 BW dat zich echter uitsluitend richt op de NV en BV. Zie hierover M.J.A.

men kunnen overwegen een beperkte aansprakelijkheid te laten bestaan voor een tekort bij ontbinding.³⁶ Een dergelijke aanvaarding van aansprakelijkheid op grond van een borgstelling of op grond van een beperkte ledenaansprakelijkheid zal echter niet wenselijk zijn, indien effectuering ervan kan leiden tot uitwinning van het privé-vermogen hetgeen niet denkbeeldig is gegeven de omstandigheid dat de starters slechts beperkte geldelijke middelen bezitten. Bovendien is het redelijk te veronderstellen dat de kredietverstrekken- de instelling zal aandringen op de vorming van een eigen vermogen. De borgstellingsover- eenkomst zou dan kunnen worden gesloten onder de ontbindende voorwaarde dat een bepaald solvabiliteitspercentage door de coöperatie wordt bereikt.

Op welke wijze kunnen de leden van onze eigenaarscoöperatie de vorming van eigen vermogen bewerkstelligen? Statutair zou kunnen worden bepaald dat de winst geheel of gedeeltelijk wordt toegevoegd aan een op naam gestelde kapitaalrekening. Op zich kan hier geen bezwaar tegen bestaan, want de leden van de eigenaarscoöperatie zijn voor hun inkomen niet afhankelijk van een uitkering van het jaarresultaat: ze genieten immers in hun hoedanigheid van werknemer een naar alle waarschijnlijkheid reëel salaris. Afgezien van eventuele fiscale problemen³⁷, rijst bij een dergelijke kapitaalrekening binnen een coöpera- tie de vraag op welke wijze de leden hun aanspraken hierop kunnen verzilveren. De wettelijke regeling van de coöperatie voorziet hier namelijk niet in. De leden hebben tijdens het bestaan van de coöperatie op grond van de wet geen aanspraak op het door hen gevorm- de kapitaal. Op grond van art. 2:23b lid 1 BW hebben de leden slechts aanspraak op een uitkering van een aandeel in het liquidatiesaldo. Nu zouden de statuten tevens kunnen bepalen dat het lid in geval van uittreding aanspraak kan maken op uitkering van zijn 'aandeel' in het gevormde vermogen. Evenwel wordt daarmee juist bereikt wat men niet wilde: aantasting van het eigen vermogen. Wat onze coöperatie mist, is een overdraagbare vermogenstitel die in elk geval aanspraak geeft op een aandeel in de liquidatiewaarde van de onderneming, iets dat lijkt op een aandeel dus.

De vraag rijst of het lidmaatschap een dergelijke functie zou kunnen overnemen. Er zal dus behoefte bestaan aan een uitwerking in de statuten waarbij wordt afgeweken van de hoofdregel van art. 2:34 BW dat het lidmaatschap persoonlijk is en niet vatbaar voor overdracht. Ten einde de blijvende leden niet op te zadelen met een ongewenst nieuw lid, dient de regeling er echter tevens in te voorzien dat aan de overdracht de goedkeuring wordt verleend door de blijvers.³⁸ Wordt geen geschikte kandidaat gevonden, dan zouden de statuten kunnen bepalen dat het lidmaatschap wordt beëindigd tegenover de verplichting tot uitkoop. In feite komt een en ander erop neer dat de blokkeringsregeling voor de BV getranscribeerd wordt in de statuten van de coöperatie.³⁹ Voordeel van een dergelijk verhandelbaar lidmaatschap is wel dat anders dan voor de overdracht van aandelen in een BV voor de overdracht van een lidmaatschap geen notariële akte is vereist. Voor de levering van het lidmaatschap kan worden volstaan met een onderhandse akte gevolgd door medede- ling aan de coöperatie conform art. 3:94 BW.⁴⁰ Wel rijst er een ander probleem. Mocht een derde het lidmaatschap overnemen, dan zal deze in de regel tevens in de coöperatie werkzaam moeten zijn. Essentieel voor de coöperatie is immers dat deze een zakelijk

van Mourik, Verschaffing van zekerheden door een bestuurder-aandeelhouder (art. 1:88 lid 4 BW), in *Onderneming en nieuw burgerlijk recht*, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle 1991, p. 1-6.

36 Zie over een dergelijk groeimodel A.L. Mohr, *t.a.p.*, p. 10.

37 Zie voor de fiscale problematiek met betrekking tot de verschillende door coöpera- ties gehanteerde kapitaalrekeningen J.J.M. Jansen, *Belastingheffing van coöperaties en haar leden*, Kluwer, Deventer, 1996, in het bijzonder p. 90-93 alsmede p. 214-216.

38 Een aanbiedingsregeling biedt in dit geval geen oplossing gezien de vermogensposi- tie van de overnemende ondernemer binnen de eigenaarscoöperatie. Bovendien zou dit leiden tot de niet toelaatbare eenmans-coöperatie.

39 Zie art. 2:195 BW.

40 Asser-Van der Grinten 2-II (De Rechtspersoon), nr. 277 p. 241 en F.J.P. van den Ingh, *t.a.p.*, blz. 173. In andere zin Dijk/Van der Ploeg, *Van vereniging en stichting, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij*, derde herziene druk, Gouda Quint, Deventer 1997, p. 105, waar een levering door middel van een akte conform art. 3:95 BW voldoende wordt geacht. Probleem hierbij is echter dat de coöperatie van de overdracht van het lidmaatschap niet op de hoogte hoeft te zijn. Gezien het ontbreken van een regeling voor de uitoefening van de lidmaatschapsrechten na overdracht zoals ten aanzien van de overdracht van aandelen op naam bij de NV en de BV, verdient de overdracht conform art. 3:94 BW de voorkeur.

verkeer met de leden onderhoudt, in het onderhavige geval door het sluiten van arbeidsovereenkomsten. Een coöperatie die in belangrijke mate leden heeft, waarmee geen zakelijk verkeer wordt onderhouden, voldoet niet aan de wettelijke omschrijving en kan op grond van art. 2:21 lid 1 sub c worden ontbonden.⁴¹ Om het werknemerschap van het nieuwe lid af te dwingen, dienen de statuten tevens als kwaliteitseis te stellen dat het lidmaatschap alleen kan worden verkregen indien men tevens werknemer is, terwijl het niet (meer) bezitten van deze hoedanigheid een grond is voor opzegging van het lidmaatschap van de zijde van de coöperatie.

Al dit overziend kan men zich afvragen of toepassing van het bv-recht op dit punt niet verkieslijker is dan een ingewikkelde regeling in de statuten van een rechtsvorm die hiervoor niet is bedoeld. Ook de regelingen rond de uittreding van vennoten van een v.o.f. lijken op dit punt meer soelaas te bieden nu de praktijk, niet in de laatste plaats de notariële praktijk, immers vertrouwd is met de oplossing van de problemen rondom de ontbinding van de vennootschap ten gevolge uittreding van een der vennoten.⁴²

Onze startende ondernemers wordt het allemaal te ingewikkeld en de idee van de invoering van een kapitaalrekening laten zij varen. Zij vragen zich af, of zij niet zouden kunnen volstaan met het verstrekken van een lening aan de coöperatie in die zin dat de voor uitkering vatbare winst niet wordt uitgekeerd maar ter beschikking blijft van de coöperatie. Daartoe zouden de leden gecrediteerd worden op een op naam gestelde ledenschuldrekening.⁴³ Over de tegoeden wordt slechts een beperkte rente vergoed; de statuten bepalen verder dat de tegoeden slechts opeisbaar zijn ingeval van beëindiging van het lidmaatschap dan wel bij overdracht van het lidmaatschap. Ik wil erop wijzen dat het aanbeveling verdient dat het achtergestelde karakter van deze lening ten opzichte van de vordering van de bank uit hoofde van een of meerdere kredietovereenkomsten expliciet in de statuten van de coöperatie wordt vastgelegd. Ook is het mogelijk dit door middel van afzonderlijke contracten te regelen tussen de leden/ondernemers en de bank. Dit verdient tevens aanbeveling in het geval er sprake is van een coöperatie met een beperkte aansprakelijkheid. Weliswaar bepaalt art. 2:55 lid 5 BW dat een lid dat aansproken wordt tot betaling van zijn aandeel uit hoofde van de ledenaansprakelijkheid, een vordering die hij op de coöperatie heeft niet met de vordering van de coöperatie uit hoofde van de ledenaansprakelijkheid mag verrekenen, dit neemt het echter niet weg dat de vordering van het lid uit hoofde van de ledenschuldrekening in rang gelijk is aan die van de bank. Beiden hebben een concurrente vordering. Art. 2:55 lid 5 BW heeft slechts tot resultaat dat er een bate ten behoeve van de boedel wordt verkregen.⁴⁴

4.2. Bestuurlijke inrichting en zeggenschapsverhoudingen

De coöperatie volgt voor wat betreft haar interne organisatie de structuur van de gewone vereniging. De coöperatie is immers 'een bij notariële akte als coöperatie opgerichte vereniging', zo laat art. 2:53 lid 1 BW weten. De bepalingen van het verenigingsrecht zijn met uitzondering van art. 2:26 lid 3 en 44 lid 2 BW van toepassing op de coöperatie, voorzover daarvan in titel 3 Boek 2 BW niet wordt afgeweken (art. 2:53a BW). De

-
- 41 Aldus Asser-Van der Grinten 2-II (De rechtspersoon), nr. 389 p. 310 en P.J. Dortmund, *a.w.*, p. 14.
 - 42 De continuïteit van de vennootschap wordt in de praktijk gewaarborgd door het gebruik van voortzettingsregelingen welke in de regel worden aangevuld met een of meerdere vermogensbedingen. De eerste genoemde afspraak is erop gericht de obligatoire samenwerking te continueren, terwijl laatstgenoemde bedingen ten doel hebben het bestaande vennootschapsvermogen in stand te houden. Zie hierover A.L. Mohr, *Van maatschap, vennootschap onder firma en commanditaire vennootschap*, vierde, herziende druk, Gouda Quint, Arnhem 1992, p. 228 e.v..
 - 43 Zie hierover A.L. Mohr, *t.a.p.*, p. 10. Zie over de ledenschuldrekening P.A. Stein, De regeling van het omslaan van tekorten in statuten van coöperatieve verenigingen, *RM Themis* 1961, p. 21 en 25-28, D. Wind, *De toepassing van de ledenrekening als financieringsvorm bij enkele sectoren van agrarische coöperaties*, H. Veenman & Zn., Wageningen 1970 alsmede het rapport vanwege de Nationale Coöperatieve Raad voor de land- en tuinbouw *De structuur van de grote (centrale) landbouwköperatie*, Den Haag 1973, p. 70-75 en 121-125.
 - 44 In soortgelijke zin Dijk/Van der Ploeg, *a.w.*, p. 282. De regel van art. 2:55 lid 5 BW is een codificatie van de regel zoals deze door de Hoge Raad in het arrest Sol/Cebeco is geformuleerd. HR 26 maart 1976, NJ 1977, 162.

wettelijke regeling gaat uit van een *dualistische besturing*, verdeeld over twee organen: de algemene ledenvergadering en het bestuur. De instelling van een raad van commissarissen is facultatief voorzover er geen sprake is van een structuurcoöperatie.

Een aantal kernbevoegdheden komen toe aan de algemene ledenvergadering, zoals de vaststelling cq. wijziging van de statuten, de ontbinding, fusie en omzetting van de coöperatie, alsmede de bevoegdheid tot benoeming, schorsing en ontslag van bestuurders, en tot slot, niet onbelangrijk, de vaststelling en de bestemming van de winst alsmede delging van een eventueel tekort. Ook de mogelijkheid tot het opleggen van verplichtingen aan de leden behoort tot de competentie van de algemene vergadering. De statuten van de coöperatie zullen ten aanzien van laatstgenoemde onderwerpen - de verdeling van de winst, de delging van een verlies en het opleggen van verplichtingen aan de leden -, doorgaans een min of meer uitvoerige regeling bevatten. Gezien de bevoegdheid tot vaststelling van de statuten rust in laatste instantie ook in deze gevallen de zeggenschap bij de leden. Verder heeft de algemene vergadering alle bevoegdheden die niet krachtens wet of statuten toekomen aan het bestuur. In de algemene ledenvergadering heeft elk lid één stem. De statuten kunnen echter bepalen dat bepaalde leden meer dan één stem hebben, mits elk lid in ieder geval één stem heeft. Ik ga er van uit dat onze ondernemers elk evenveel stemmen hebben.

Het bestuur wordt in de regel door en uit de leden benoemd. Hiervan kan slechts in beperkte mate worden afgeweken. De statuten kunnen toestaan dat ook anderen dan de leden als bestuurslid worden gekozen (passieve benoeming), terwijl ook mogelijk is dat anderen dan de leden bestuurders benoemen (actieve benoeming), mits minder dan de helft. Het bestuur heeft tot taak het besturen van de coöperatie en de daaraan verbonden onderneming en heeft daartoe vertegenwoordigingsbevoegdheid. Daarbij is overigens opvallend dat de individuele bestuurders slechts bevoegd zijn tot vertegenwoordiging, in tegenstelling tot de bestuurders bij de NV en de BV, indien de statuten dit toestaan. Het bestuur legt in de jaarvergadering verantwoording af aan de algemene ledenvergadering voor zijn in het afgelopen boekjaar gevoerde beleid.

In verband met de jaarverslaglegging doet zich echter bij de onderhavige 'eigenaarscoöperatie' een eigenaardigheid voor. Zolang er sprake is van een 'kleine' coöperatie in de zin van art. 2:396 lid 1 BW, is de eigenaarscoöperatie namelijk niet jaarrekeningplichtig.⁴⁵ In de regel kan een dergelijke kleine coöperatie op grond van art. 2:48 lid 2 BW volstaan met de instelling van een kascommissie bestaande uit ten minste twee leden die géén deel uitmaken van het bestuur, welke belast zijn met het onderzoek naar de balans en de staat van baten en lasten.⁴⁶ Instelling van een dergelijke kascommissie is in het onderhavige geval echter niet mogelijk zolang alle leden van de coöperatie tevens bestuurder zijn. De instelling van een éénhoofdige raad van commissarissen is daarmee imperatief ondanks het bepaalde in art. 2:57 lid 1 BW.

Binnen deze kleine coöperatie met twee leden/werknemers die tevens bestuurder zijn, dreigen verder problemen die vergelijkbaar zijn met die binnen een *close corporation*, zoals de familie-bv of de joint venture-bv.⁴⁷ De problemen die daarbij optreden houden

45 Van een 'kleine' coöperatie is sprake indien gedurende een aaneengesloten periode van 3 jaar wordt voldaan aan twee van de drie volgende vereisten: 1) de waarde van de activa bedraagt niet meer dan f 6 miljoen, 2) de netto-omzet per jaar bedraagt niet meer dan f 12 miljoen, en 3) het gemiddeld aantal werknemers over het boekjaar bedraagt minder dan 50.

46 Op grond van de Wet van 30 januari 1997 tot wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek ter zake van de jaarrekening van stichtingen en verenigingen die een onderneming in stand houden, Stb. 1997, 53, is aan art. 2:48 een derde lid toegevoegd met als inhoud dat een vereniging bij de staat van baten en lasten melding moet maken van de netto-omzet. Titel 9 van Boek 2 inzake de jaarrekening en het jaarverslag is door deze wetswijziging tevens van toepassing op verenigingen en stichtingen die een onderneming drijven en een netto-omzet hebben van meer dan f 6 miljoen. Vgl. het nieuwe lid 1 en het toegevoegde lid 3 van art. 2:360 BW. Opvallend is dat voor 'commerciële' verenigingen en stichtingen strengere eisen gelden dan voor een 'kleine' coöperatie.

47 Zie noot 20.

verband met de omstandigheid dat van een 'dualistische besturing' in feite geen sprake is. Binnen de hier weergegeven eigenaarscoöperatie zijn de zeggenschapsverhoudingen aldus dat ten aanzien van alle beslissingen op zowel het niveau van het bestuur als van de algemene vergadering in feite sprake is van een vereiste van unanimiteit. Besluiten, nu zij worden genomen met een gewone meerderheid van stemmen, behoeven dus de toestemming van beiden ondernemers. Het gevaar van een chronische patstelling en onbestuurbaarheid van de coöperatie is levensgroot aanwezig. In de kern der zaak is dit probleem niet anders indien het aantal leden/bestuurders oneven is, bijv. 5. Hoe te denken over het volgende conflict: in de algemene vergadering wordt met 3 stemmen voor, 2 stemmen tegen twee bestuursleden ontslagen, waarna opzegging van het lidmaatschap volgt van de zijde van de coöperatie.⁴⁸ Het probleem wordt daardoor alleen verlegd. Wat deze coöperatie mist is een uitgebalanceerde geschillenregeling. Verschillende mogelijkheden dienen zich aan: een stemrechtovereenkomst waarbij een derde een stemadvies uitbrengt, een bindend adviseur wellicht of de instelling van een éénhoofdige raad van commissarissen.⁴⁹

Een ander punt dat aandacht behoeft, is de bijzondere bepaling van art. 2:59 BW in verband met een eventuele aanpassing van de vergoeding op grond van de arbeidsovereenkomst aan de werknemers/leden. Art. 2:59 BW bepaalt dat de coöperatie niet bevoegdheid is door een besluit wijziging in de met haar leden in de uitoefening van haar bedrijf aangegane overeenkomsten aan te brengen, tenzij zij zich een dergelijke bevoegdheid *in de overeenkomst*, in dit geval de arbeidsovereenkomst, op duidelijke wijze heeft voorbehouden. Een verwijziging naar de statuten, reglementen, algemene voorwaarden of dergelijke, is daartoe niet voldoende. Lid 2 voegt eraan toe dat de coöperatie op een wijziging van de overeenkomst slechts een beroep kan doen, indien de wijziging schriftelijk aan het lid is meegedeeld. De bepaling is van dwingend recht en kan niet door middel van de *statuten* opzij worden gezet. Een en ander betekent dat in een geval de financiële situatie noopt tot een bijstelling van het salaris in negatieve zin, de coöperatie (lees: het bestuur van de coöperatie) daartoe slechts bevoegd is indien een dergelijke bevoegdheid in de arbeidsovereenkomst schriftelijk is voorbehouden. De vraag is echter of de bescherming die art. 2:59 aan de leden tegen eenzijdig optreden door de coöperatie beoogt te bieden, in dit geval op zijn plaats is.⁵⁰

4.3. Uittreding

Samenwerking vereist 'commitment'. Partijen moeten erop kunnen vertrouwen dat de samenwerking wordt gecontinueerd ondanks het bestaan van tegenslagen. Daar staat tegenover dat bij blijvende verschillen van inzicht in de fundamenteën van de samenwerking een mogelijkheid dient te bestaan om, populair gezegd, er uit te stappen. Welke zekerheid biedt het coöperatierecht onze leden/werknemers op dit gebied?

Voorop staat dat het lidmaatschap ingevolge art. 2:36 lid 1 BW kan worden opgezegd tegen het einde van het boekjaar met in achtname van een opzegtermijn van vier weken. De bevoegdheid voor het lid om op te zeggen kan niet worden uitgesloten. Wel kan aan de beëindiging van het lidmaatschap een langere opzegtermijn worden verbonden, maar steeds geldt dat de opzegging mogelijk is tegen het einde van het boekjaar volgend op het jaar waarin is opgezegd. Aan deze dwingendrechtelijke bevoegdheid kan niet worden getornd. De duur van het lidmaatschap kan derhalve niet worden vastgelegd op een bepaalde vaste periode, bijv. 5 jaar.⁵¹ De vraag of partijen kunnen overeenkomen dat van de bevoegdheid tot opzegging gedurende deze periode geen gebruik wordt gemaakt, laat ik rusten.

-
- 48 Vgl. in dit verband A.L. Mohr, *Werknemers-productiecoöperatie; kaf en koren*, *WPNR* 95/6205, p. 836, die refereert aan de mogelijke situatie dat een bestuurder wordt ontslagen gevolgd door ontzetting uit het lidmaatschap. Zelfs indien het besluit tot ontzetting in strijd met de wet cq. de redelijkheid en billijkheid, dan - zo zou ik menen - zijn de verhoudingen dermate verstoord dat een via de rechter afgedwongen terugkeer in de coöperatie niet vruchtbaar is. Een samenwerking in het formele jasje van de coöperatie tussen personen die materieel optreden als vennoten, lijkt niet meer herstelbaar.
- 49 Zie hierover H. de Groot, *Conflictbeslechting in de kleine (familie-)BV*, in *TePas-bundel, opstellen aangeboden aan prof. mr P.A. Stein*, 1992, p. 6. e.v.. Zie over de stemrechtovereenkomst A.L. Mohr, *Spijkers, Ondernemingsrecht op de breuklijn van praktijk en wetenschap*, inaugurele rede UvA 1993.
- 50 Zie de kritiek van R.C.J. Galle, *a.w.*, p. 153-158.
- 51 In andere zin R.C.J. Galle, *a.w.*, p. 263-266, die onder het huidige recht de mogelijkheid aanwezig acht van een 'gefixeerd' lidmaatschap.

Verder wil ik wijzen op art. 2:36 lid 3 BW dat een gevaar kan betekenen voor de continuïteit van de coöperatie. Hierin wordt bepaald dat een lid zijn lidmaatschap met onmiddellijke ingang kan beëindigen binnen een maand nadat een besluit waarbij zijn rechten zijn beperkt of zijn verplichtingen zijn verzwaaard, hem bekend is geworden of medegedeeld. Volgt binnen een maand de opzegging, dan is het besluit niet op hem van toepassing. Stel, dat de statuten voorzien in de mogelijkheid om aan de leden verplichtingen op te leggen, bijvoorbeeld een de verplichting tot verrichten van een storting van een geldbedrag teneinde het kapitaal van de onderneming op peil te houden. Een dergelijke bevoegdheid tot het opleggen van financiële verplichtingen moet berusten op de statuten.⁵² Een en ander betekent dat, indien een dergelijk besluit tot statutenwijziging wordt genomen, het lidmaatschap kan worden opgezegd, omdat deze statutenwijziging een verzwaring inhoudt. Echter in het recente verleden is door Rb Zwolle⁵³ beslist dat van een verzwaring van een verplichting niet alleen sprake is bij de invoering van een statutaire regeling maar ook indien de bijdrageplicht feitelijk ten uitvoer wordt gebracht. Op het moment dat er sprake is van een voortbouwende verzwaring van een bestaande statutaire verplichting bestaat ook de mogelijkheid tot onmiddellijke beëindiging.⁵⁴ Acht men dit onwenselijk, dan is het zaak de opzeggingsbevoegdheid welke art. 2:36 lid 3 biedt, in de statuten uit te sluiten.

Uittreding kan dus - zoals hierboven bleek - niet worden verhinderd. Wel bestaat de mogelijkheid de uittreding binnen de grenzen van art. 2:60 BW aan voorwaarden te binden. Deze voorwaarden mogen echter niet zo ver gaan dat de uittreding feitelijk onmogelijk wordt. Ze mogen niet dermate belastend zijn voor het lid dat er materieel van vrijheid van uittreding niet meer gesproken kan worden. Bovendien, en hierin ligt de tweede grens, het stellen van voorwaarden aan de uittreding moet in overeenstemming zijn met het doel en de strekking van de coöperatie. Daarmee wordt bedoeld dat de uittreevoorwaarde van economisch belang moet zijn voor de continuïteit van de coöperatie en de dienstverlening ten behoeve van de blijvende leden.⁵⁵

Het is dus mogelijk dat de statuten voorwaarden stellen aan de uittreding. Zoals hierboven reeds werd aangeduid zal er, indien de leden/ondernemers het kapitaal fourneren, behoefte bestaan aan een mogelijkheid dat daarop aanspraak kan worden gemaakt in geval van uittreding. Hetzelfde geldt in de situatie dat er gelden aan de coöperatie zijn geleend in de vorm van een ledenschuldrekening. Partijen zullen er de voorkeur aan geven dat deze opeisbaar zijn in geval van beëindiging van het lidmaatschap. Aan de andere kant zal er bij de coöperatie behoefte bestaan aan behoud van het kapitaal. De statutaire bepaling dat de leden in geval van uittreding hun aanspraken jegens de coöperatie verliezen, zal voor geen van beide ondernemers aantrekkelijk zijn. Het probleem is slechts oplosbaar indien de positie van de uittredende wordt overgenomen door een derde of - zo deze er niet is - het uittredende lid wordt uitgekocht. Overigens ontstaat dan de mijns inziens dubieuze eenmans-coöperatie. Steeds echter vinden dergelijke uittreevoorwaarden hun grens in art. 2:60 BW.⁵⁶ Het is maar de vraag of een uittreeregeling zoals deze bij vennootschap onder firma gebruikelijk is, ongeclausuleerd toepasbaar is binnen de coöperatie. Men dient erop bedacht te zijn dat als dergelijke regelingen in de statuten worden opgenomen, het uittredende lid zal kunnen trachten onder dergelijke verplichtingen uit te komen omdat daardoor gezien de omstandigheden de uittreding feitelijk onmogelijk wordt. Overigens kan de rechter bij honorering van een beroep op art. 2:60 BW de statutaire bepaling converteren in een uittreevoorwaarde die wel is toegestaan.

52 Vlg. in dit verband art. 2:27 lid 4 BW en 2:34a BW.

53 Rb Zwolle 15 juli 1992, NJ 1995, 55 (ECA/NAM).

54 Zie over deze uitspraak H.J. de Kluiver, *Opzegging lidmaatschap van een coöperatie*, *S&V* 1995, p. 52-53 en R.C.J. Galle, *Redelijkheid en billijkheid bij beëindiging van het coöperatielidmaatschap*, *S&V* 1995, p. 81-83.

55 Zie hierover Asser-van der Grinten 2-II (De Rechtspersoon), nrs. 410-410a, p. 322-323, R.C.J. Galle, *a.w.*, p. 259, G.J.H. van der Sangen, *Ledenbinding bij coöperaties en Europees mededingingsrecht*, *S&V* 1996, p. 76-77 alsmede Dijk/Van der Ploeg, *a.w.*, p. 124-126.

56 Men dient er verder op bedacht te zijn dat een cumulatie van ledenbindende bepalingen in de statuten in strijd kan zijn met art. 85 EG-Verdrag. Zie hierover G.J.H. van der Sangen, *t.a.p.*, p. 75-83.

In geval van beëindiging van het lidmaatschap zal tevens een voorziening moeten worden getroffen voor het al dan niet voortbestaan van de arbeidsovereenkomst. Niet geheel duidelijk is of het uittredende lid in het geval van een eigenaarscoöperatie ontslagbescherming geniet. Mogelijk ware, indien men wenst dat met het einde van het lidmaatschap de arbeidsovereenkomst tevens een einde neemt, de arbeidsovereenkomst aan te gaan onder de ontbindende voorwaarde dat het lidmaatschap een einde neemt. Ook zouden de statuten kunnen bepalen dat beëindiging van het lidmaatschap van rechtswege leidt tot ontslag van het betrokken lid als bestuurder. Als regel brengt een dergelijk ontslag tevens een einde van de arbeidsovereenkomst met zich, gezien het bepaalde in art. 2:37 lid 6 BW: 'een veroordeling tot herstel van de dienstbetrekking tussen vereniging en bestuurder kan door de rechter niet worden uitgesproken'.⁵⁷

5. Misbruik/oneigenlijk gebruik van de coöperatie?

In het voorgaande is steeds sprake geweest van een startende onderneming, waarbij als uitgangspunt van de ondernemers gold dat de persoonlijke aansprakelijkheid niet werd gewenst, terwijl oprichting van een BV niet werd overwogen in verband met de daaraan verbonden oprichtingskosten en het benodigde minimumkapitaal. De coöperatie kan - zoals we zagen - voor dergelijke starters een mogelijke oplossing bieden. Zij is echter niet geschikt als alternatief voor de eenmanszaak, om de eenvoudige reden dat de eenmanscoöperatie een ledensubstraat mist. Bovendien zou daarmee de mogelijkheid bestaan niet alleen de voor BV geldende regels van kapitaalbescherming te omzeilen maar ook de voor de eenmans-BV geldende bepalingen zoals deze ingevolge de 12e EG-richtlijn in onze wetgeving geïmplementeerd zijn.

Ook indien er sprake is van meerdere ondernemers zou er sprake kunnen zijn van misbruik van de coöperatie doordat de voor de BV geldende bepalingen worden omzeild. Men kan zich met recht afvragen hoe men de eigenaarscoöperatie tegemoet moet treden, indien mocht blijken dat de eigenaarscoöperatie in de toekomst zou worden misbruikt om het antecedentenonderzoek en het minimumkapitaalvereiste te omzeilen. De noodzaak voor beantwoording van deze vraag kon wel eens dichterbij zijn dan men zou verwachten, indien binnen afzienbare tijd de Wet formeel buitenlandse vennootschappen wordt aangenomen.⁵⁸ Misbruik van de formeel buitenlandse vennootschap tracht te wetgever tegen te gaan door ook hier als eis te stellen dat er sprake moet zijn van een minimum-kapitaal gelijk aan de BV. Een en ander wordt niet alleen ingegeven door crediteurenbescherming maar ook vanuit de optiek dat ondernemers die zich in gelijke omstandigheden bevinden, uit concurrentie-overwegingen door de wetgever op een gelijke wijze moeten worden bejegend. Mohr⁵⁹ meent dan ook dat de wetgever in één moeite door voor de coöperatie met een uitgesloten aansprakelijkheid de verplichting zou moeten invoeren een gebonden reserve te vormen welke gelijk is aan minimum-kapitaal voor de besloten vennootschap. Ik zou daaraan willen toevoegen dat dat ook zou moeten gelden voor een coöperatie met een beperkte aansprakelijkheid voorzover de waarde daarvan minder is dan f 40.000,-.⁶⁰ Anders dreigt het gevaar dat men zal kiezen voor een coöperatie met beperkte aansprakelijkheid, waarbij de aansprakelijkheid is teruggebracht tot het symbolische bedrag van f 10,- of wellicht van één gulden.

Tevens kan de vraag worden gesteld of de wetgever dan ook maar een preventief toezicht voor de coöperatie met uitgesloten aansprakelijkheid cq. beperkte aansprakelijk-

57 Hetzelfde geldt op grond van art. 2:53a BW voor de coöperatie. Zie hierover P. van Schilfgaarde, *Van de BV en de NV*, tiende druk, Gouda Quint, Arnhem 1995, p. 146 en Dijk/Van der Ploeg, *a.w.*, p. 204.

58 Vgl. het Voorstel van Wet en daarbij behorende Memorie van Antwoord bij Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen, Tweede Kamer 1994-1995, 24 139, nrs. 1-3. Zie hierover P. Vlas, Twee wetsvoorstellen i.p.r.-rechtspersonenrecht, *TVVS* 1995, nr. 95/9, p. 233-238.

59 A.L. Mohr, De werknemers-produktiecoöperatie; kaf en koren, *WPNR* 95/6205, p. 836.

60 Daarom zou dan een account een verklaring moeten af te leggen met als inhoud dat de statutaire regeling van de ledenaansprakelijkheid een waarde vertegenwoordigt welke minimaal overeenkomt met het vereiste minimumkapitaal. Vgl. art. 94a/204a lid 2 BW ten aanzien van de inbreng in natura bij de oprichting van een NV of BV.

heid zou moeten invoeren, een vraag die door Lekkerkerker⁶¹ bevestigend, door Mohr⁶² en Galle⁶³ ontkennend wordt beantwoord. Zo men deze weg inslaat, rijst de vraag of ook voor de coöperatie een regeling overeenkomstig art. 2:93/203 BW ter zake van het handelen namens een coöperatie in oprichting in boek 2 BW moet worden opgenomen. De vraag is echter of dit in toekomst nog wel zo'n groot bezwaar is nu de wetgever er over denkt een versnelde procedure voor de oprichting van de bv en nv in te voeren. Over anderhalf jaar, zo is de inzet van het ministerie van justitie, kan de oprichting van een BV binnen 2 weken rond zijn. Een daartoe opgezette data-bank ten behoeve van een geautomatiseerd antecedenonderzoek had met ingang van 1 januari 1997 operationeel moeten zijn.⁶⁴ Bovendien kan het recente arrest van de Hoge Raad inzake Stichting DIVA (i.o.) op dit punt uitkomst bieden, waarin de Hoge Raad de regel die ten grondslag ligt aan art. 2:93/203 lid 1 BW *van overeenkomstige toepassing* acht op andere rechtspersonen dan de naamloze vennootschap en de besloten vennootschap.⁶⁵

Bij dit alles dient men zich echter af te vragen of het gevaar voor misbruik van de coöperatie nou werkelijk zo groot is. Ook bij de BV blijkt het vereiste van een minimumkapitaal slechts een beperkte bescherming te bieden tegen 'Überschuldung' van de BV.⁶⁶ Daartegen bieden de regels van kapitaalbescherming geen bescherming. De benadeelde crediteur zal in een dergelijk geval mogelijk terug kunnen vallen op de toepassing van de onrechtmatige daad in het kader van het leerstuk van doorbraak van aansprakelijkheid. Voorts kan de curator in geval van faillissement op grond van art. 2:248 BW ten behoeve van de gezamenlijke crediteuren jegens de bestuurders cq. feitelijk beleidsbepaler een vordering instellen tot aanzuivering van het tekort op grond van 'kennelijk onbehoorlijk bestuur'. Zowel de mogelijkheid van doorbraak van aansprakelijkheid als ook de vordering op grond van kennelijk onbehoorlijk zijn tevens van toepassing ingeval van de hier aan de orde zijn eigenaarscoöperatie.⁶⁷ Een en ander betekent dat men als bestuurder/lid van een dermate besloten rechtspersoon als de eigenaarscoöperatie van de opgeworpen dam van de rechtspersoonlijkheid niet al te grote wonderen mag verwachten.⁶⁸

-
- 61 G.J.C. Lekkerkerker, Aandacht voor de werknemers-produktiecoöperatie, *WPNR* 95/6189, p. 517.
 - 62 A.L. Mohr, *t.a.p.*, p. 836.
 - 63 R.C.J. Galle, *t.a.p.*, p. 168.
 - 64 Zie hierover de brief van de Minister van Justitie van 19 juli 1996 aan de Tweede Kamer n.a.v. het rapport van de werkgroep Preventief toezicht vennootschappen, onder voorzitterschap van J.C.K.W. Bartel, werkgroep ingesteld in het kader van het project "Marktwerving, deregulering en wetgevingskwaliteit", Kamerstukken TK 1995-1996, 24 036, nr. 23. Zie ook *Account*, september 1996, p. 9-10 en *NJB* 1996, 1190, 1194.
 - 65 HR 24 januari 1997, RvdW 1997, 31. In het verleden is in lagere rechtspraak art. 2:93/203 *analoog* toegepast op rechtshandelingen verricht namens een stichting in oprichting. Zie Rb Utrecht 4 mei 1992, KG 1992, 230. Vgl. ook Ktr Rotterdam 14 mei 1986, Prg 1987, nr. 2641 m.nt. H. de Groot.
 - 66 Zie hierover H.J. de Kluiver, Mag het ietsje meer zijn? Over tekort, overvloed en onbehagen in het ondernemingsrecht, *NJB* 4 oktober 1996, afl. 35, p. 1441.
 - 67 De aansprakelijkheid uit hoofde van kennelijk onbehoorlijk bestuur in geval van faillissement van de coöperatie volgt uit art. 2:53a jo. 50a jo. 138 BW. Zie hierover G.J.H. van der Sangen, Bestuurdersaansprakelijkheid krachtens *WBF* bij coöperaties, *Agrarisch Recht* 1992, p. 444-447.
 - 68 Met name het arrest HR 3 april 1992, 1992, 411 (Van Waning/Van der Vliet) m.nt. Ma. zou weleens aanleiding kunnen geven tot een analoge toepassing op een coöperatie, waarvan de leden tevens bestuurders zijn. Het weigeren van het bestuur om voor de financiering van de onderneming gebruik te maken van de mogelijkheid tot het opnemen van een krediet waarvoor persoonlijke zekerheid moet worden gesteld, kan onder omstandigheden bestempeld worden als betalingsonwil. Vgl. in dit verband R.C. van Dongen, Identificatie in het stichtingen- en verenigingsrecht, *S&V* 1997, p. 10, die verwijst naar een uitspraak van het Bundesgerichtshof van 8 juli 1970 (BGHZ 54, 222), waarin de omstandigheid dat de leden hun vereniging met onvoldoende kapitaal uitrusten om aan haar contractuele verplichtingen te kunnen voldoen, werd aangemerkt als 'misbruik van recht'.

6. Conclusie

Het gebruik van de coöperatie kan aan startende ondernemers een oplossing bieden indien de aan de vennootschap onder firma verbonden persoonlijke aansprakelijkheid niet wordt gewenst, terwijl oprichting van een BV niet mogelijk is in verband met de daaraan verbonden oprichtingskosten en het benodigde minimumkapitaal. Afgezien van het feit dat de coöperatie niet geschikt is als alternatief voor de eenmanszaak, wordt bij een coöperatie met een uitgesloten aansprakelijkheid het financieringsprobleem verlegd en zullen vervangende wijzen van vermogensverschaffing moeten worden gevonden. Bovendien moet er een voorziening worden getroffen voor de financiële afwikkeling in geval van uittreding. Daarbij verdient met name de overdracht van de positie van het uittredende lid aan een derde of aan de overblijvende leden bijzondere aandacht nu een overdraagbare vermogenstitel met daaraan verbonden financiële en zeggenschapsrechten ontbreekt. Statutaire regels dienaangaande mogen voor het uittredende lid echter niet dermate bezwarend zijn dat de uittreding praktisch onmogelijk wordt op straffe van ongeldigheid van een dergelijke regeling.

Een ander nadeel bestaat hierin dat de ondernemers slechts verzekerd zijn in het kader van de sociale verzekeringswetten indien er sprake is van een werknemersproductie-coöperatie in de zin die de wetgever eraan gegeven heeft, namelijk een met werknemerszelfbestuur. Dat betekent echter dat de coöperatie het lidmaatschap tevens moet openstellen voor de overige werknemers. Daarmee geven echter de ondernemers een belangrijke mate van zeggenschap prijs in een onderneming die zij als de hunne beschouwen. Een eigenaarscoöperatie met werknemerszelfbestuur lijkt bovendien bij een groei van de onderneming niet meer passend. Natuurlijk is een dergelijke coöperatie wel uitermate geschikt als participatievorm van werknemers, maar of dat onze beide ondernemers voor ogen staat mag worden betwijfeld.

Tot slot een laatste opmerking. Voor bestaande ondernemingen in de rechtsvorm van de eenmanszaak of een vennootschap onder firma lijkt mij een 'omzetting' in een coöperatie geen alternatief te bieden in plaats van omzetting in een BV.⁶⁹ In de eerste plaats is het voordeel dat de coöperatie biedt ten aanzien van de oprichtingskosten slechts betrekkelijk gezien het feit dat de activa van een bestaande onderneming al snel een waarde ter hoogte van het minimumkapitaal vertegenwoordigen. Door middel van inbreng in natura kunnen de oprichters van de BV aan hun stortingsplicht voldoen. Bovendien biedt de BV het voordeel dat de positie van de aandeelhouder overdraagbaar is met alle daaraan verbonden zeggenschapsrechten en financiële rechten, terwijl het kapitaal van de BV geen verandering ondergaat. Ook het aantrekken van extra kapitaal kan betrekkelijk eenvoudig geschieden door de uitgifte van aandelen. Voor al dit soort zaken dient de ondernemer binnen de eigenaarscoöperatie een oplossing te zoeken waarvan het nog maar de vraag is of dergelijke oplossingen bij een groei van de onderneming binnen de gekozen rechtsvorm van de coöperatie nog werkbaar zijn.

Een en ander leidt er mijns inziens toe dat men ten aanzien van de eigenaarscoöperatie niet kan spreken van 'bezielde materie die het behouden waard is'. We hebben hier te maken met een a-typische toepassing van de coöperatie die weliswaar rechtens toelaatbaar is te achten, maar gezien het daaraan verbonden complex van nadelen als ontzielde materie dreigt rond te waren in de door Paul Cahen als een wereld van vlinders en boterbloemen omschreven context van het recht.⁷⁰

69 Zie voor de problemen voortvloeiend uit het verschil in de kapitaalstructuur die een dergelijke omzetting met zich brengt G.J.H. van der Sangen, *Texels Eigen Stoomboot Onderneming. Omzetting van een naamloze vennootschap in een coöperatie*, *S&V* 1995, p. 135-142.

70 Vrij naar *Bezielde materie: een selectie uit de geschriften van prof.mr. J.L.P. Cahen*, p. 6.